

刑訴

昭和59年度

第1問

自由心証主義の内容及びその合理性を担保するための諸制度について説明し、上訴・再審との関係についても論及せよ。

解答例

### 1 自由心証主義の内容

(1)自由心証主義とは、証拠の証明力の評価を裁判官の自由な判断に委ねる建前のことである(318条)。

自由心証主義の意義

これに対する概念として法定証拠主義がある。しかし、法定証拠主義によると、法定の証拠がない限り事実の認定ができず、合理的かつ柔軟な判断ができない。特に有罪認定の条件として自白の存在を要求した場合、自白を確保するために拷問裁判を誘発するおそれがある。

自由心証主義の合理性の説明

そこで、人間の理性に信頼を置いて、このような法定証拠主義の弊害を防ぐために採用されたのが自由心証主義である。

(2)刑事訴訟法における自由心証主義は、証拠の一般的信用性、要証事実の具体的な推認力である証明力の判断が裁判官の自由に委ねられることをいう。反面、証拠能力の評価には及ばない(318条参照)。これは、後段で述べるように証拠能力についての厳格な規制にも現れている。

自由心証主義の内容についての説明

また、自由といっても、不合理な認定を許すものではない。論理法則や経験則にそった合理的心証であることが要求される。

合理的な認定が要求されることの指摘

### 2 合理性担保の制度

(1)ア 上述のように自由心証主義は合理性の故に採用されたものである。これを達成すべく、法は合理性を担保する制度をおいている。

合理性担保の制度の必要性。合理性が維持できなければ自由心証主義を採用できないことを指摘

まず、裁判官が偏見に陥ることを防ぐ必要があるから、訴訟構造として当事者主義を採り、裁判所を公平な第三者の立場に立たせることにしている。当事者主義の採用は訴因制度の採用、反対尋問権の保障などに現れている。

また、偏った判断をするおそれがある裁判官に審理を担当させないため、除斥・忌避・回避の制度がある。

イ 一方、審理では、裁判の公開により慎重な審理が期

審理における合理性担保の

待され、合議制の採用により誤りを防ぐことが可能になる。起訴状一本主義（256条6項）、自白の証拠調べ請求時期の制限（301条）など、予断排除の原則も誤った判断がされることを避けることにつながる。

判断の資料たる証拠については、証拠能力の制限に関する諸規定がある。例えば自白には補強証拠が必要であり（319条）、公判調書に関する証拠能力の制限規定（52条）がそれである。また、鑑定の利用や、証明科学の発達から明らかにされる科学的法則に従うことも、合理性の確保につながる。

ウ 判断の結果も判決書の作成および理由を附すことが義務づけられ（44条）、有罪判決においては罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない（335条1項）。これにより裁判官が合理的な判断がしたことが確認でき、ひいては合理性を担保することになる。

#### (2) 上訴・再審との関係

ア 以上のように自由心証主義の内在的制約として合理的な判断が求められ、担保される制度があるが、これにもかかわらず不合理な判断がされたことが、判決文などから明らかになることがある。そこで、この場合、上訴・再審により判決を是正することが考えられる。

イ まず、不合理な判断は、「理由に不備がある」場合として絶対的控訴理由になる（378条4号）。

また、経験則違反自体が法令違反と見ることができ、また自由心証主義を定めた318条が合理的な判断を要求しているとも見ることが出来る。よって、「法令の解釈に関する重要な事項を含む」ものとして、控訴・上告が認められることがあると考えられる。

その他に、事実誤認が控訴理由とされており（328条）、上告審においても「重大な事実の誤認」（411条3号）が上告審における破棄の事由とされている。

これらの定めは、上記のような経験則違反を問うことを超え、上級審が原審の判断に同意できない場合を指すと考える。とすれば、上訴審が原審の自由な判断に規制を加え、判断の合理性を担保するものということができる。

ウ 一方、確定した後の再審の可否であるが、法令違反は再審事由にあたらぬ。そもそも再審は新証拠の出現によって誤判とされる場合だから、基本的に自由心証主

制度

裁判における合理性担保の制度

上訴・再審 自由心証主義の合理性の担保の制度といえる

自由心証主義違反の場合に上訴が機能することの説明

自由心証主義との関係で導かれる論点。上級審の判断で、事実認定を破棄できる場合を認めるとなれば、自由心証主義への制限ということになる

再審は自由心証主義とは無関係であることの説明。例外については、記述の分量にお

義とは無関係であるといえよう。

以上

けるバランスとの関係で触れ  
なかった

## 第2問

甲に対する殺人被疑事件を捜査していたところ、たまたま同人に恐喝の嫌疑が生じたので、まず恐喝事件で甲を逮捕、勾留した上、その身柄拘束期間を利用して右殺人事件について甲を取り調べた。このような捜査方法の適否及びそこから生じうる問題点を論述せよ。

### 解答例

#### 1 捜査方法の適否

(1)ア 本件では、軽い恐喝事件に基づく身柄拘束期間を利用して、別件たる殺人事件についての取り調べを行っている。仮に、恐喝事件による身柄拘束が、殺人の取調べを目的としたものである場合、このような捜査方法の適否をどのように考えるべきか。別件逮捕の合法性が明文なく問題となる。

イ この点、別件について逮捕・勾留の要件が備わっている限り処分は適法であり、別件についての取調べ目的は逮捕・勾留の適法性に影響がないとも考えられる（別件基準説）。

しかし、逮捕は勾留と等質の処分である以上、証拠隠滅・逃亡などを防ぐことを目的としたものである（60条1項参照）。しかも黙秘権への驚異となるおそれもある以上、逮捕を自白獲得の手段とすることは許されない。

また、このような捜査方法は本件による身柄拘束が不可能であることを受けたものである限り、本件について令状主義の潜脱を許すことになる。続いて本件による逮捕を認めれば、法定の身柄拘束期間（204、205、208条）の潜脱ともなる。

よって、本件の取調べを目的としてなされる逮捕は違法とみるべきである。

ウ このように考えると、逮捕の違法性は捜査機関の主観により決められることになる。よって、違法か否かを直接判断することは困難であるから、本件についての捜査の状況、別件についての逮捕の必要性、別件と本件との関連性、犯罪の軽重、取調べの状況等の客観

捜査方法を要約し、評価しやすくする

問題点の指摘。殺人の取調べを目的として恐喝による逮捕をしたとは問題文に書いていない点に注意

別件基準説をあげて批判

本件基準説の説明

結論

判断基準の定立

的要素を総合判断して決することになる。

(2)一方、捜査機関が殺人の取調べをする目的をもって恐喝事件による身柄拘束をしたわけではなく、逮捕の適法性が肯定された場合、殺人の取調べが一切適法となるのか。

思うに、身柄拘束中の取調べには黙秘権侵害のおそれ認められる以上、その性質は強制捜査であるとみるべきである。となると、取調べの対象は逮捕・勾留理由に含まれる事実に関するものに限定すべきであるかのようみえる。

しかし、198条1項但書には取調べの範囲について特に限定はない。余罪捜査は捜査において有利な方法であるし、被疑者にとって、改めて他罪で逮捕・勾留された上で取り調べられるよりも同時に取調べをされたほうが便宜であることがある。

よって、余罪取調べは可能であり、身柄拘束の理由による限定はないと考える。

(3)以上より、(2)の基準に照らし、逮捕の違法性が認定される場合に限り、本件捜査方法は許されないことになる。

## 2 生じうる問題点

(1) 上の基準により、恐喝による逮捕・勾留が違法とされた場合、殺人による後の逮捕は許されるかが問題となる。

この点、恐喝と殺人の手续が別個のものであることを強調すれば、殺人事件に関して要件が備わる限り、逮捕は許されるとも考えられる。

しかし、違法な別件逮捕は実質的には本件の逮捕に他ならない。とすれば、これは再逮捕の問題として扱うべきである。

この点、再逮捕は明文で許容される(199条3項参照)。しかし、逮捕・勾留については前述のように厳格な期間制限がされているから、これを無に帰するような不当な蒸し返しにならないよう、逮捕の要件は厳格に判断しなければならない。

本件における殺人による逮捕は不当な違法逮捕に引き続くものであることを考えると、後の逮捕は許されないと考えるべきである。

(2) さらに、取調べによって得られた供述や、供述にしたがって証拠が得られる場合が考えられる。本件捜査方

余罪取調べの可否

事件単位説への批判

自説

結論。

後の殺人による逮捕の適法性

別件基準説からの帰結

正しい評価、再逮捕の問題として扱う

上の評価からさらに説明を進める

結論

取調べにより得られた供述の証拠能力

法が違法と評価される場合、それらの証拠能力に捜査方法の違法性がどのように影響するか。

思うに、将来の違法捜査の防止のため、違法収集証拠の証拠能力は否定されなければならない。しかし、証拠能力の否定は真実発見の要請に反するから、証拠能力の否定は違法の重大性、排除相当性が認められる場合に限られる。なお、違法の重大性が認められる場合、排除相当性は推定されると考えるのが適切である。

本件において逮捕が違法とされる理由は、黙秘権の侵害、令状主義の潜脱にあるから違法の重大性が認められる。

よって、特段の事情がない限り、供述の証拠能力は否定されると考える。また、そのような供述から得られたと言える証拠も、違法捜査の効用を奪う観点から、その証拠能力が否定されると考える。

(3)最後に、このような違法逮捕を証拠禁止のみをもって評価するだけでは不十分だといえる場合が考えられる。そこで、このような身柄拘束がされた後の起訴を、公訴権を濫用するものとして公訴棄却により手続を打ち切ることが考えられる。

しかし、捜査と公訴提起は別の段階における別の行為である。かつ、現行法の下、検察官は広範な訴追裁量が認められているから、不当な起訴であることをもって直ちに公訴が無効となるものでもない。

検察官が公益の代表者であることや、かつ刑事訴訟法1条の理念からすれば公訴が無効となる場合も認められるが、それは極限的な場合に限ると考える。

そして、別件逮捕は重大な違法行為であるが、上記のような極限的な場合に至るにはさらに特別の事情が必要というべきであろう。

以上

違法収集証拠の証拠能力についての論証

逮捕が違法とされる場合のみを検討すればよい。

毒樹の果実の問題には深入りしないようにした

違法な身柄拘束から導かれる問題点。逮捕・勾留に引き続く処分といえば公訴。違法捜査を抑圧するという観点からは証拠能力の制限とも関連する問題なので、ここで公訴権濫用論について論じた

昭和60年度

第1問

起訴後の手続において いわゆる余罪をめぐって生ずる問題点を挙げ、簡潔に論ぜよ。

解答例

<p>1 起訴が余罪の取調べに及ぼす影響について</p> <p>(1) 余罪に対する取調べは、被告人の地位に鑑み制限されることが考えられる。</p> <p>すなわち、起訴後、公判において検察官と対等な当事者としての地位を獲得する。これは接見指定が許されず、反対尋問権が認められるなど積極的な権利が付与される点にも現れている。</p> <p>そのため、本件についての取調べを捜査機関はできる限り避けるべきであり、認めるにしても弁護人との立会いなどを要求すべきである。</p> <p>そこで、上記被告人の地位に鑑み、余罪への取調べの可否及び限界が問題となる。</p> <p>(2) 被告人には無罪推定の原則が妥当し、一般市民同様の権利を保障すべきであるとしても、一般市民以上の負担を負わないとは考えるべきでもない。とすれば、一般市民への取調べが可能以上、被告人への取調べも否定すべきではない。</p> <p>しかし、前述のように被告人としての地位に基づき認められた権利が取調べの過程で脅かされる可能性がある限り、余罪取調べの制限が必要となる。</p> <p>(3)ア 具体的には、余罪での逮捕・勾留がない場合、取調べは任意の限度でしか許されない(198条1項但書)。逮捕・勾留がない者は、いかなる者も任意捜査の限度でしか取調べができない以上当然の結論である。</p> <p>ただ、本件では被告人としての勾留がある。これは被疑者としての勾留よりも長期にわたるものであるから、これを利用した不当な取調べがされないよう注意する必要がある。</p> <p>イ 他方、余罪での逮捕・勾留がある場合も、逮捕・勾留された者と同様の取調べが可能なのが原則である。しかし、取調べは黙秘権の保障との矛盾を認めないため、受忍義務は否定されると考える。よって、やはり任意の限度で取調べが可能であるに過ぎない。</p> <p>また、逮捕・勾留がある場合は接見指定がありえ(39条3項)、これも余罪との関係で被疑者である限り、認めざるを得ない。しかし、このような接見指定により、本件についての接見指定が及ぶと同様の効果が発生するおそれがある。そこで、両者が矛盾する場合、接見指定</p>	<p>項目を立てることで答案と問題とのつながりを明らかにする</p> <p>通常取調べにおける規制</p> <p>同じ内容の繰り返しにならないように表現を工夫した取調べ自体は可能</p> <p>制限がある</p> <p>具体的に制限の内容を説明。余罪による身柄拘束がない場合から。身柄拘束がない被疑者は特別な権利の制限はない問題がある点の指摘。この点は気がつきにくい</p> <p>余罪において身柄拘束がある場合</p> <p>身柄拘束がある場合の特別な問題。接見指定に関する問題</p>
---	--

は許されないと考える。

## 2 余罪が起訴後の本罪に及ぼす影響について

(1) まず、起訴に伴い、被告人勾留に対する保釈の決定の際に余罪を考慮することが考えられる。これは許されるか。

思うに、手続の対象ではない事実を考慮して被告人に不利益を及ぼすことは許されないといわなければならない。とすれば、少なくとも権利保釈との関係においては余罪を考慮して保釈の許否を決することは許されない。

一方、裁量保釈においては裁判所に「相当と認める」かどうかの裁量がある以上、その際に一切の事情を考慮できるが、余罪もまたその一つと考えられる。また、裁量保釈は被告人の権利ではないから、権利侵害の問題もない。よって、「相当と認める」にあたり余罪を考慮することは許されると考える。

(2)さらに、余罪は本罪にあたる事実を認定するための証拠としての能力が認められるか。

まず、まったく異なる種類の余罪の立証は訴因事実とは無関係である一方、被告人に対する予断を生むおそれすらある。よって自然的関連性が否定され、証拠能力は認められない。

一方、訴因事実と同種の余罪については、訴因事実の立証との間に論理的関連性が認められる。しかし、法律的関連性を認められるかは別論である。

余罪は、それと犯罪との因果的結びつきは微弱である場合でも、裁判官が予断を抱く危険性が高い事実である。とすれば、原則として法律的関連性が認められず、その証拠能力は否定されると考える。

しかし、法律的関連性は政策的なものであるから、偏見を抱く弊害が少なく、かつ、立証の必要性が高い場合には例外を認めてよいと考える。

具体的には、犯罪の客観面が立証された場合における主観的要素の立証、犯罪の手口など際立った特徴がある場合の立証につき、例外を認めて良いと考える。

(3)最後に、余罪を量刑において考慮することが許されるか。

まず、余罪を処罰する趣旨で余罪を量刑の資料に考慮し、被告人を重く処罰することはできない。このような取扱いは不告不理の原則や、証拠裁判主義に反するからである。

保釈に関する論述は細かい論点だから、指摘ができなくてもよいだろう。ポイントは権利保釈と裁量保釈に分けて論じているところにある

本罪の認定において、余罪の立証が許されるかの問題  
自然的関連性の問題

法律的関連性の問題。基本的には許されない

例外的に法律的関連性を認める場合

余罪と量刑。他の論点と比較し論証が長くなりすぎないように、バランスを取る必要がある

しかし、量刑は被告人の性格、経歴、動機、方法等すべての事情を考慮して判断されるべきものである。とすれば、この一事情として余罪を考慮することも、禁じられないと考えられる。よって、情状を推知するための資料として余罪を考慮することは許されると考える。

以上

## 第2問

甲は、自動車を運転中、横断歩道を歩行中の乙を認めながら、一時停止を怠って同人に自車を衝突させ、同人を死亡させたとして業務上過失致死罪の訴因で起訴された。検察官から 過失の内容を前方不注意により乙の発見が遅れたことに変える旨の訴因変更の請求があった場合に、 裁判所はどのような措置を採るべきか。次の各場合について論ぜよ。

(一) 裁判所が当初の訴因につき既に有罪の心証を抱いているとき

(二) 長期にわたる審理の結果、裁判所が当初の訴因につき無罪の心証を固め、結審が間近な段階であるとき

### 解答例

#### 一 小問(一)について

1 (1) まず、本件請求が違法であれば、裁判所は検察官による訴因変更の請求を認めてはならない。ここで、訴因変更が許されるには、公訴事実が同一である必要がある(312条1項)。では、この内容をいかに考えるべきか。

(2) 法は不告不理の原則(378条3号)、当事者主義(256条6項、298条1項等)を採用しているから、審判対象は起訴状に記載された検察官の主張たる訴因である。一方、「公訴事実」とは、訴因変更の限界を画する機能概念に過ぎないと考えられることになる。

となると、その内容は訴訟経済を図りつつ、被告人の防御も可能にするという訴因変更の目的がよく果たされるべく、決すべきである。具体的には、公訴事実の同一性とは公訴事実が単一であって、かつ、両者の基本的事実が同一である必要があると考える。

そして、基本的事実が同一であるかの判断は、両者の近接性、関連性、共通性を基準として判断し、補助的要素として両者が非両立の関係にあるかを基準とすべきで

訴因変更が明文の定めにならないか。前提問題を検討

公訴事実の同一性の判断方法。ここは訴因変更は当然に許される場面なので、もっと簡単でもよい

ある。両者に共通性が認められたり、一方の事実があれば他方の事実は存在しないという関係があったりすれば、両者の基本的事実は同一であると考えられるからである。

(3)これによると、一時停止義務違反の事実と前方不注意の事実のような過失の態様は、これが違えば法律的な意味が異なるし、過失の態様は被告の防御にとって大きな意味がある。すなわち、一方の事実の認定が訴因とされた場合、両者には他方を認定することは不可能な程度の違いがある。

しかし、両者は同一機会における過失の態様が問題になっており、両方の行為から発生した結果に共通性がある。よって、公訴事実の同一性は認められ、訴因変更は法律上許される。

2 ただ、本件において裁判所は既に当初の訴因について有罪の心証を抱いている。一方、変更後の訴因と裁判所の心証が食い違えば、無罪判決を下さざるを得ないおそれがある。このような訴因変更の請求に対し、裁判所は訴因の維持を命じるべきではないか。

思うに、無罪判決が下された場合、旧訴因について、検察官は一事不再理効から再起訴ができなくなる。このような結果は、真実の発見の要請及び司法的正義の要請に反するおそれもある。

よって、このような場合、少なくとも無罪訴因への変更について、裁判所は釈明（規則208条）で対応すべきである。

では、これに検察官が従わない場合はどうすべきか。

思うに、当事者主義の下では、審判対象の設定・変更権限は検察官にある。よって、無罪訴因への変更も原則として許さなければならない。

ただし、当事者主義も刑事訴訟法の目的たる手続保障と真実発見のための手段であるから、一定の場合に限り、例外を認めるべきである。すなわち、相当重大な事件で、証拠上犯罪の成立が明らかな場合に限り、真実発見という法の目的を達成するため、裁判所は訴因の維持を命ずる義務を負うと考える。

そして本件は業務上の過失により人の命が奪われるという相当重大な罪が問題になるものである。

よって、本件の場合裁判所は検察官が釈明に応じない場合は、訴因の維持を命じなければならないと考える。

二 小問(二)について

あてはめ。ここももっと簡単でもよい。

次の問題。訴因維持を命じるべきか否か

論証

まず釈明

命令は可能か

規範定立

あてはめ

結論

1 前段で述べたように、312条との関係では訴因変更は許される。しかし、本件では裁判所が当初の訴因について無罪の心証を固め、結審が間近である。このような場合には訴訟の完結を遅延させるべきではないので、訴因変更は許されないのではないかと。時機に遅れた訴因変更の可否が問題となる。

2 この点、訴因変更の申立については条文上制限がないし、訴因変更の設定権限は検察官にある。とすれば、本件のような訴因変更も許されるかにみえる。

しかし、このような訴因変更を許せば、新訴因についてさらに審理が必要となり訴訟の完結時期が遅延することになる。また、被告人にとって旧訴因について防御を尽くしたことが無駄になるばかりか、新たな訴因について十分な準備をする余地がない可能性がある。

すなわち、時機に遅れた訴因変更は、被告人側に過大な立証の努力や負担を課し、被告人の利益を著しく害するおそれがある。このような事情が認められる場合、訴因変更は許されないと考える。

3 本件では、既に審理が長期にわたっており、結審間近である。とすれば、ここで訴因変更を許せば既にされた被告人の防御の多大な努力を無にすることになる。もちろん被告人に新たな訴因に対応する負担を課すおそれもある。

特に過失の態様は、過失犯の実行行為といえる部分であるから、この審理をやり直すとなればなおさらである。

よって、本件のような訴因変更請求を裁判所は認めるべきではないことになる。

以上

訴因変更が可能な点の説明は繰り返しにならないよう簡単に説明する

反対の考え方に配慮

自説

結論

あてはめ

本件における特殊の事情を考慮した

昭和61年度

第1問

被疑者の逮捕と勾留の 現行法における主な相違点を挙げ、これについて説明せよ。

解答例

一 逮捕・勾留とも、被疑者に対して行われる強制的な身柄拘束処分であるが、最初に行われる短時間の処分が逮捕、逮捕に引き続いて行われる比較的長期の処分が勾

共通点の指摘。似ているものだからこそ、違う点を明らかにしなければならないとい

留である。

このように異なる2つの身柄拘束処分が存在することは、その組み合わせにより、人権に対し可能な限り配慮をしながら、罪証隠滅・逃亡を防ぐという処分の目的を達成するためである。以下、このような点を踏まえながら、逮捕・勾留の違いを説明する。

なお、被疑者の勾留について被告人勾留の定めを準用するとしている207条1項は下記の条文引用において省略する。

## 二 要件について

(1) 逮捕・勾留とも、処分の必要性が認められなければならないが、勾留は罪証隠滅及び逃亡のおそれがあることをもってその必要性を認定している(60条1項)。

一方、逮捕においては、199条2項但書が逮捕の必要性が要件になることを明らかにしているが、具体的な事由につき明文の定めがない。

この点、正当な理由がなく出頭がない場合まで拡張する立場もあるが、逮捕・勾留が等質の処分と考えられることから、必要性が認定できるのは罪証隠滅及び逃亡おそれがある場合に限ると考える。

ただし、出頭拒否が重なることにより、逮捕の必要性が高まることがありうる。

また、逮捕状は明らかに必要がない場合でなければ発付され(199条2項但書)、勾留よりも逮捕状発付の要件は緩やかである。

(2) 以上の観点から、逮捕における捜査機関の裁量は、勾留におけるより広いといえる。

これは比較的緩やかな基準によるが短期の身柄拘束を前置させることで緊急状態に対応させると同時に、被疑者の人権制約の度合いを最小限にするためのものである。

同様の趣旨は、逮捕にのみ無令状の例外が認められることにも現れている(210条、213条)。

(3) 一方、逮捕状は検察官の他、指定警部による請求が可能であり(199条2項)、検察官の他検察事務官、司法警察員により執行される。最初に行われる緊急処分としての性格がここに表れている。

これに対して、勾留の請求は検察官しか請求できず、裁判官が執行する(207条)。

これは勾留が長期の身柄拘束処分であり、緊急性も弱いことから厳格な手続により人権の保障に配慮する必要

う趣旨が明らかになる。続いて定義からすぐに判明する違いを指摘した

最初に結論をあげた。争いが無い、しかし思いつくことが難しいことは必ず先に指摘をするのが攻めの構成

要件・効果という構成  
軽く共通点を示しながら、相違点の説明に流す

この点の指摘は省略してよい

ここが説明。違いを要約して、理由の説明につなげる

こちらでは逮捕の説明で始めて流れに配慮しつつ、勾留を中心に論じることでバランスに配慮した

性があるからである。特に逮捕の手續が簡易であるからこそ、嚴重なチェックにより間違いがないことを確認する必要があるといえよう。

## 2 効果について

(1)逮捕は、身柄拘束から最大72時間(205条2項)であるのに対し、勾留は原則として10日、延長により最大20日(208条)、特別な罪では25日(208条の2)である。

また、執行の場所が官公署(200条1項)、監獄(64条)と異なる点は両方の身柄拘束の趣旨や執行者の違いが現れている。

(2)勾留の執行にあたっては勾留では、勾留の通知(79条)が法律上義務づけられ、勾留質問(61条)、勾留理由開示(82条)の制度により、告知聴聞の機会がいっそう厚く保障されている。

加えて、長期の身柄拘束であることに対応し、準抗告(429条1項2号)による不服申立てができるし、勾留の取消し(87条)、勾留の執行停止(95条)の制度も認められている。なお、逮捕について準抗告を認める立場もあるが、短期の身柄拘束処分という性質に合わず、否定すべきである。

以上のように勾留の手續が厳格で、是正手段が充実しているのは、勾留が長期の身柄拘束処分であり、緊急性が弱いことに対応している。

以上

効果について

身柄拘束期間について詳しく説明

い説明

執行に関する制度

短く論点に配慮

繰り返しを避けるべく端的な論述をした

## 第2問

甲乙兩名は、共謀の上丙を殺害したとして起訴された。甲に対する証拠として、乙の「甲に頼まれて丙を射殺した。」という検察官面前調書がある。しかし、乙は、公判廷では曖昧な供述をするのみであった。一方、甲は、終始、乙に依頼したことを否認している。

この場合において 甲の有罪を認定する上での問題点を論ぜよ。

### 解答例

一 甲の有罪を認定するには、乙が実行担当者であるから、乙の犯罪事実の立証と甲乙間の共謀の事実が立証される必要がある。

書き出して論述の方針を明示する

この点，検面調書に書かれた「甲に頼まれて丙を射殺した」との供述は上の両方の事実の立証に役立つものである。よって，甲の有罪認定のためには上の供述が記された検面調書に証拠能力が認められなければならない。

この点，検面調書は公判廷外の供述で，供述内容を立証するための証拠であり，伝聞であるから，その証拠能力は原則として否定される（320条）。証拠能力を認めるには，伝聞例外の要件を満たす必要がある。

しかし，本件供述者乙は甲の共同被告人である。乙は被告人ともみえるし，甲からみたら第三者とも思えるから，本件書面の証拠能力を認める根拠を何条に求めるべきか。

2 この点，被告人の供述を内容とする書面については緩やかな伝聞例外が認められる（322条）。これは，被告人自身の供述である以上，反対尋問がありえず，問題となるのは直接主義に止まるからである。

しかし，相被告人の供述は仲間割れ，責任転嫁などの観点から，その証拠としての採用には十分な反対尋問を経る必要がある。とすれば，反対尋問権の保障に配慮が必要であるから，321条により証拠能力の有無を決すべきである。この点，322条により供述の任意性を担保すべきとの見解もあるが，その点は319条1項の適用範囲を拡張することにより対応すればよい。

よって，検面調書に証拠能力を認める要件は，被告人以外の者に関する321条によると考える。

二 改めて321条の要件を満たすかを検討する。乙は公判廷に出頭し，供述をしているから供述不能の場合にはあたらない。そこで，曖昧な供述が「相反するか若しくは実質的に異つた供述」（321条1項2号後段）にあたるかを検討する必要がある。

同条にいう自己矛盾・実質的不一致とは，法廷内での供述によれば，前にした供述と異なる結論を導く可能性があることである。

ここで曖昧な供述と，本件検面調書における記載とでは，前者により甲の有罪認定をすることはできないが，後者によれば有罪認定は可能である。よって，異なる結論を導く可能性の要件は満たされる。

また，本件検面調書の証拠能力は，特信性の認定がされる限りで認められる。特信性は公判における供述との比較で検面調書における供述が信頼できるという相対的

まず検面調書の証拠能力の問題になることを指摘

検面調書が伝聞であることと，及び伝聞の証拠禁止についての指摘

問題点の指摘。伝聞例外の要件を何条に求めるか

反対説への配慮

自説

反対説への配慮

伝聞例外を認めるための条文を確定，要件の解釈

解釈

あてはめ

特信性は満たされると思われるので，簡単に論じるに止めた

な特信状況があることをいう。

本件では、公判における乙の供述が曖昧であることに加え、甲が在廷する公判では真実を告白することが困難であると思われる。よって、特信性は満たされ、本件検面調書の証拠能力は認められると考える。

三 1 さらに、問題文からすると、甲につき有罪認定をするための証拠は、本件検面調書以外にはないと思われる。この点、これは甲の自白ではないから、補強法則の適用はなく、論理的には本件検面調書のみによる有罪認定が可能である。

しかし、検面調書の内容は相被告人にとって自白にあたる部分を含むから、このような供述に補強法則の拡張の必要性があるのではないか。

2 思うに、補強法則は自由心証主義の例外であるから、条文もなくその拡張を認めることはできない。その意味で、原則通り、補強法則の拡張は否定すべきである。

この点、補強法則の拡張を認めないと、自白した者が無罪となり、否認した者が有罪となるといった不合理な結果になるおそれがある。

しかし、反対尋問が可能な共同被告人の供述と、それが不可能な自白とを同様に考えるのは妥当ではない。

また、仲間割れや責任転嫁等の点を考えると、他の共同被告人の自白以外に証拠がないのに被告人の有罪の確信が得られるのはまれである。すなわち、他に裏付け証拠がない有罪認定は不合理な認定とされることが通常である。その意味で、本論点を肯定的に解した場合と結論はさほど異ならず、不合理な結果にはほぼならない。

3 以上より、反対説の批判は当を得ず、補強法則の拡張は否定される。よって、本件事情において甲の有罪認定をすることは可能である。

ただ、前述のように現実には相被告人の供述を内容とした検面調書のみを根拠に裁判所が有罪の心証を形成することはまれであり、甲が無罪になる可能性が高いことになる。

以 上

唯一の証拠であることの指

摘

問題提起

判例の立場

反対説への配慮

自説からの結論

結論の妥当性に配慮

昭和62年度

第1問

司法警察職員甲は、夜間パトロール中、乙から「今ここで暴力団員風の男に顔を殴られた。」と訴えられ、乙の顔面を見ると鼻血が出ていた。そこで、乙と一緒に付近を捜索していたところ、約一時間後に、現場から500メートル離れた飲食店から丙が出てきた。乙が丙を指さし、「あいつだ」と大声を上げたため、丙は逃走の気配を示した。甲がその場で丙を逮捕する上での問題点を挙げ、これについて論ぜよ。

解答例

<p>一 丙を逮捕するには原則として令状がなければならない(199条1項本文)。しかし、甲が夜間パトロール中であったことから、令状の用意はないと思われる。そこで、その場で丙を逮捕するためには、無令状の例外が認められるための要件を満たさなければならない。</p>	<p>原則を示す その場で逮捕するには令状が用意できないことを指摘</p>
<p>まず無令状の例外として緊急逮捕がありうる。ここで、傷害罪は「長期三年以上の懲役...にあたる罪」であり、かつ上記のように本件は丙が「罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある場合」といえる。また、丙が逃走の構えを見せているから、「急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができない」ので、緊急逮捕をすることも可能である。</p>	<p>あえて緊急逮捕から検討した</p>
<p>ただし、この場合、逮捕の際に甲は丙にその理由を告げなければならない。また、逮捕後には直ちに裁判官の逮捕状を求める手続きをしなければならない。</p>	<p>逮捕後の手続</p>
<p>二 一方、本件では、犯行現場と逮捕の場所は時間的・場所的に接近している。そこで、現行犯逮捕(212条1項)として後の令状請求も不要な場合であるとみることが考えられるので、その要件を検討する。</p>	<p>別に現行犯逮捕を論じる実益を示す</p>
<p>2(1) 現行犯逮捕が無令状とされる理由としては、犯罪の実行が明白で、誤認逮捕のおそれがないからである。よって、現行犯逮捕しうる要件としては、現場の状況から、被逮捕者が犯人であることが明白であること逮捕の場所が犯行現場及びその延長と見られる場所であることが要求されると考える。</p>	<p>要件の解釈。犯人であることの明白性、現場による逮捕といえること</p>
<p>(2)さらに、現行犯逮捕では、条文上逮捕の必要性は要求されていないが、現行犯逮捕の要件として、逮捕の必要性を要求すべきか。この点、適正手続の観点から、現行犯逮捕と通常の逮捕とを区別をする必要性がないものとして、この点を肯定する立場がある。</p>	<p>逮捕の必要性。この点は必ずしも論じなくてよい。結局は他の要件で、現行犯逮捕ができない場合と認定することになるから</p>
<p>しかし、現行犯逮捕にあたっては、要件を判断する暇</p>	

がないし、被逮捕者が犯罪を行ったことはきわめて明白な場合でもある。

とすれば、必要性は現行犯逮捕の要件として改めて要求する必要はないと考える。

3 以上に従うと、乙の指摘のみで丙が犯人であることが明白であるとは言えない。仮に丙が犯人であっても、一時間にわたる付近の捜索によって丙が発見されたことからして、逮捕の場所が犯行現場からの延長であるともいえない。

よって現行犯逮捕の要件は満たされない。

二1 一方で、本問丙は乙に「あいつだ」と指摘された上で逃走しようとしているから、これは「誰何されて逃走しようとする」場合といえ(212条2項4号)、丙を準現行犯とみて逮捕することが考えられる。

しかし、現場から500メートル、現場から1時間後における逮捕が「罪を行い終わってから間がない」といえるか。

2 準現行犯は、上記「誰何されて...」の場合のような犯人であることの明白性(212条2項各号)を条件に、現行犯に比べて時間的な近接の点を緩和したものである。

よって、本件の程度の時間的・場所的近接性があるに過ぎない場合も要件は満たされると考える。

以上から、準現行犯逮捕の要件が満たされるから、甲は無令状で丙を逮捕することができる。

三 以上、甲は丙を準現行犯逮捕、または緊急逮捕をすることができる。しかし、準現行犯逮捕が可能だから、逮捕後必ずしも逮捕状を求める手をせずとも、逮捕は適法であることになる。

以上

あてはめ

準現行犯成立の可能性を指摘

現行犯との認定が否定された事情 準現行犯になることも否定されるのではないか

規範定立とあてはめ

まとめ

## 第2問

検察官が捜査段階において被告人の承諾を得てその自白を録音したテープは、証拠とすることができるか。次の各場合について論ぜよ。

- 1 犯罪事実の立証に供するとき
- 2 被告人の捜査段階における自白の任意性の立証に供するとき

解答例

一 1について

1 犯罪事実の立証に供すべき証拠は、適式な手続を経た証拠能力がある証拠によらなければならない(317条)。自白により立証される事実は、積極的に犯罪の成立に関わる事由であると考えられるから、この点に疑いはない。

そこで、本件自白を録音したテープの証拠能力の有無を検討する。

2(1) まず、録音テープは供述を機械的に記録・再現するものとして、一般的な関連性は肯定できる。しかし、記録が公判外で検察官によってなされたことから、供述証拠の一つとして伝聞にあたるのではないか。

(2) 伝聞の証拠禁止(320条1項)の理由は、供述は知覚・記憶・表現の誤りが混入するおそれがあるので、十分な反対尋問によるテストを経るべきなのに、これが不可能な点にある。

ここで、録音テープは機械的方法により供述を正確に記録・再現するものである。とすれば、その性質は非供述証拠とみるべきである。

この点、録音テープには偽造・修正などの危険性があることから、記録者らを証人として喚問する必要があることを理由に、その性質を供述証拠とみる見解がある。しかし、このような危険は他の証拠一般にいえることであり、取り立てて録音テープのみに関するものではない。

よって、録音テープによる記録は供述証拠ではない。よって、伝聞性を払拭するために、調書による場合のように署名・押印を求めることは不要である。

3 ただし、自白により立証の対象となるのは被告人自身の供述内容の真実性である。よって、この点については伝聞として、伝聞例外の要件を満たす必要がある。具体的には証拠とすることの同意がある場合(326条)の他、ここで本件録音内容は被告人の供述であるから、322条1項の類推により、その要件を満たすことが必要であると考えられる。

となると、本件供述の内容は自白であるから、任意性が認められる必要がある。この点は録音について被告人の同意があることから、任意性は認められる可能性は高い。その場合、本件録音テープは犯罪事実の立証に供する証拠にできる。

二 2について

「犯罪事実の立証のため」に利用できる証拠とは何かを明らかにする

一般的関連性の問題  
伝聞ではないかとの問題点  
の指摘

趣旨

自説

反対説への配慮

被告人の供述自体が公判廷外のもの。この点において伝聞になる

結論

<p>1 (1) 本件録音テープは伝聞にあたる可能性がある。しかし、自白の任意性は訴訟法上の事実であり、その証明には厳格な証明が要求されないのではないか。</p>	<p>前振り</p>
<p>(2) 思うに、法定手続による規制があって初めて、公平な裁判所による裁判の担保がされるし、刑事訴訟法の目的(1条)も達成できるといえる。しかし、すべての事実につき厳格な証明を必要とすることは不要であると同時に、訴訟経済の観点からそう考えるべきではない。</p>	<p>原則から。厳格な証明がすべて必要であるわけではない点を明確にした</p>
<p>思うに、刑罰権の存否、範囲の確定にかかる部分に関する事実は刑事訴訟の終局判決の内容に直接かわるものである。よって、刑罰権の存否および範囲を画する事実について厳格な証明が必要であると考ええる。</p>	<p>規範定立</p>
<p>これに対して訴訟法上の事実の証明も自由な証明の対象と考える。犯罪事実と根本的に異なるからである。</p>	<p>自白は訴訟法上の事実</p>
<p>ただし、自白の任意性は犯罪事実の証明についての影響が大きく、被告人に十分な防禦の機会を与えることが必要である。よって、被告人の利益保護の観点から、厳格な証明の対象になると考える。</p>	<p>自白には例外的な取扱いをする</p>
<p>(3) となると、自白の任意性の立証においても、伝聞法則の適用がありうることになる。</p>	<p>次の段階の論述</p>
<p>2 しかし、自白を録音したテープは、自白の任意性の立証においては供述の様子を明らかにすることに関連するものであると考えられる。供述の内容の真実性が立証の対象になるのではない以上、自白の任意性との関係では録音テープはそもそも伝聞ではない。</p>	<p>自白の任意性を立証するための録音テープの使い方</p>
<p>よって、本件録音テープは内容と自白の任意性の立証との間で一般的な関連性が認められる限り、自白の任意性の立証に供する証拠とすることができる。</p>	
<p style="text-align: right;">以 上</p>	

昭和63年度

第1問

収賄罪で勾留されている被疑者が、午前9時、検察官に対し、「収賄した株券は知人の家に預けてある」と自供したので、検察官は、取り調べを打ち切り、右株券の搜索差押許可状請求の手續を開始した。そのとき、弁護人がやってきて、「直ちに被疑者と30分間接見したい」と申し入れたところ、検察官は、「今は困る。午後4時から5時の30分間なら結構です」と答えた。この検察官の措置について論述せよ。

解答例

一 検察官は接見を申し出た弁護人に接見指定をしている。被疑者の勾留の際に限り、法は接見指定を認めている(39条3項)が、これは無条件にできるわけではない。すなわち、指定の要件である「捜査のため必要があるとき」(39条3項)を満たすか。その内容が明確でなく問題となる。

評価の対象  
条文の指摘

解釈の対象となる要件を示す

二 1 この点、罪障隠滅のおそれを含めて広く捜査遂行上の支障が生じる場合を指すと考える立場がある。

反対説の紹介

しかし、罪証隠滅のおそれによる接見の制限は裁判官が裁判をもってなすべきものであり(81条参照)、これを捜査官に判断させるべきではない。

問題点の指摘

そもそも、このような立場によれば、広く指定権の行使が可能になり、本制度の運用次第では自由な接見交通権は大きく制限されることになる。

自説の展開

接見交通権は憲法の保障する弁護人選任権に由来する重要な権利であり、接見は自由なのが原則である。とすれば、「捜査のため必要があるとき」とは現に取調べ中であるとか、実況見分、検証等に立ち合わせる必要がある等捜査の中断による支障が顕著な場合に限られるべきである。

狭義説の中での争い

2 さらに、捜査の中断による支障が顕著な場合の意味について、取調べを理由とする接見指定を一切認めないという意味に、厳格に捉える立場がある。

緩やかに考える立場を採った

しかし、接見交通権といっても絶対無制約ではない。捜査の必要性という公共の福祉を実現するため、これらを合理的に調整することは憲法も認めているというべきである。これを具体化したのが39条3項であるから、上のように厳格に考えることは、接見交通権をほぼ絶対視するものであり制度の趣旨に適合しない。

よって、捜査の中断による支障が顕著な場合には、間近い時に取調べ等をする確実な予定がある場合も含めて考えてよいと考える。

あてはめ

三 以上に従うと、検察官による接見指定の理由は、被疑者が弁護人に株券の所在を捜査官に自供したことを伝え、結果として株券に対する搜索差押え手続の遂行に影響があることをおそれたものであろう。となると、反対の立場によれば、「捜査のため必要があるとき」の要件を満たすことになろう。

しかし、上の要件を満たすのが、捜査の中断による支障が顕著な場合に限るとすれば、取り調べが打ち切られた現状において弁護人に接見をさせるに何ら障害はないはずである。

また、捜査妨害を弁護人がすることは許されていない以上、本件でも弁護人を通じた捜査妨害はないことを期待しなければならない。

よって、検察官の本件措置は、法の要件を満たさず、許されない。弁護人は、本問検察官の措置を準抗告（430条）をもって争える。

以上

自説からのあてはめ

結論

## 第2問

弁護人は、検察官の請求により証拠調べの決定があった証人の反対尋問に必要だとして、同証人の司法警察員及び検察官に対する各供述調書の主尋問に先立つ開示を命ずるよう裁判所に申し出た。裁判所はどのような措置を採るべきか。

### 解答例

一 1 まず、弁護人が申し立てた供述調書の開示命令は、証拠の開示を求めるものである。

しかし、本問のような手段により証拠開示を行う旨の明文はない。にもかかわらず、裁判所は弁護人の申し立てに対応した措置を採ることができるのか。

2 当事者主義の観点からは、両当事者は自ら証拠を収集提出する義務を負うと考えるのが自然である。とすれば、現行法の規定（40条、99条、299条、300条等）の他に、証拠開示を認められる場合はないとも考えられる。

しかし、証拠収集・訴訟遂行の能力について劣弱な地位にある被告人と検察官の立場との実質的対等を図る必要があるが、証拠開示はこのための有力な手段になる。にもかかわらず、前述の現行法の規定では証拠開示に関する制度として不十分である。

にもかかわらず、証拠開示請求を一切認めないならば、被告人の当事者としての地位、裁判を受ける権利が害されるおそれがある。しかも、被告人による防御が尽くされない場合、えん罪事件を呼び、真実発見の要請にも反

証拠開示命令の問題であることを明らかにする

問題点の指摘

反対の見解を紹介

自説の理由づけ。実質的平等を実現するとの指摘

不平等により発生する弊害

する可能性がある。

3 よって、真実発見、人権保障のいずれの要請を実現するためにも、証拠開示は認めるべきである。具体的手段・根拠としては、裁判所の訴訟指揮権による(294条)。

二(1) しかし、開示命令は弁護人の請求に無条件に応じることにはできないと考える。証拠の全面開示を認めると、弁護活動の低調化につながるし、被告人による証人威迫・罪証隠滅がなされるおそれがあるからである。

よって、裁判所は個別開示命令を出すことができるに止まると考える。

(2) 具体的な、証拠開示命令を発する要件であるが、手続としては予断排除のため、証拠調べに入った後でなければならぬ。また、濫用を防ぐため、弁護人は当該証拠開示の具体的な必要性を示さなければならない。

以上を踏まえた上、事案の性質、審理の状況など諸般の事情に照らし、防御のために重要であり、罪証隠滅、証人威迫などの弊害のおそれがなく相当と認められるときに裁判所は証拠開示命令を発することができると思う。

三(1) 本件弁護人の「反対尋問に必要だ」との理由は、供述調書の開示が防御のため重要なものとして肯定できそうである。しかし、供述調書開示の必要性は、主尋問後に必要性が具体化することが多いが、弁護人は主尋問前の開示請求を求めている。

しかし、事前の調書開示により、主尋問に対し適宜異議申立てをすることが可能になるだけでなく、主尋問が適正に行われることの担保になる。また、主尋問後の開示に限定すると反対尋問と主尋問の期日を分けて行わざるをえない。これは証人の負担が重くなるし、訴訟経済、ひいては迅速な裁判の実現にもとる結果となる。

よって主尋問前の証拠開示の必要性は認められる。

(2) ただし、本件弁護人は検面調書の他、員面調書の開示も求めている。通常の場合、検面調書の開示が認められれば員面調書開示の必要性はない。また、捜査の当初に作成されたことから不必要な事項や捜査機密・第三者のプライバシーに関わる事項の記載があることが考えられる。

よって、その開示は原則として認められない。検面調書からは知り得ない当初の新鮮な記憶に基づく事項の供

結論

法的根拠

全面開示の否定

個別開示の要件。手続的要件から

実質的要件。「防御のために重要 = 必要性」。後半は相当性

防御のための

時期の問題

時期の問題はクリアーすることを説明する。

検面調書と員面調書の違いを指摘

述や、供述の変遷に関わる事実を知る必要があるなど、特別な必要性がある場合に限ると考える。

(3)一方、弊害のおそれであるが、証人の氏名・住所は既に告知されているはずであるから(299条)、証人威迫や証人への圧力により虚偽の供述を生むなどの弊害が高まるわけではない。

以上より、検面調書の開示は防御のために重要であり、弊害のおそれもなく相当と認めてよい。裁判所は原則として検面調書のみを開示命令を発するべきである。

以上

害悪発生のおそれがないことの指摘

結論

平成元年度

第1問

警察官らは、暴力団幹部甲が野球賭博をしたという賭博開帳凶利被疑事件につき、客からの注文を書き留めたメモ類を差押目的物とする搜索差押令状により右暴力団事務所を搜索した。その際、居合わせた同暴力団組員乙が落ち着かない様子を示して立ち去ろうとしたので、警察官らは、呼び止めた上、乙が持っていたバッグを開けてみせるよう求めたが、乙はこれに応じようとしなかった。そこで、警察官の一人が、バッグのチャックを開けて、その中を見たところ、拳銃一丁が入っていたので、乙を銃砲刀剣類所持等取締法違反の現行犯で逮捕した。

この警察官らの行為は適法か。

解答例

一 1 (1) 当初の搜索差押えは令状によるもので、適法性に問題はないと思われる。本件事情の下、処分の適法性が問題になるのは、警察官が無断でバッグのチャックを開けてその中を見ている点である。

これは搜索に近い処分であるから、令状を要するのが原則である。本件の場合、令状により暴力団事務所を搜索がされているが、その一環として適法と見ることが考えられる。

そこで、上の処分が令状により許された搜索の範囲に含まれるかを検討する。

(2) まず、バックが対象になっている点について、令状にバックが対象になると明記されているなら問題はない。一方、搜索場所として暴力団事務所とされている場合、形式的にはバックは搜索の対象にならないと思える。

評価の対象を示す

問題点を示す

搜索の対象が場所でない点の検討

しかし、所持品には一切搜索ができないとなれば、所持品に差押え対象物が保管されているというだけで、搜索・差押えが不可能になるのは不合理である。住居権の制約に比較し、所持品に対する搜索における権利制約の度合いも小さい。

よって、搜索場所の記載は、その場にある管理権者の所持品も当然に含める趣旨であると考ええる。

次に、幹部甲ではなく組員乙の所持品が対象になっている点はどうか。搜索の対象は住居権を基準として特定明記されているはずである。このため、搜索の対象になるのは管理権者の管理が及ぶ範囲に止まるはずである。本件ならば、幹部たる甲の影響が及ぶ範囲ということになるろう。

しかし、場所の管理は管理権者のみでなく、これを補助する者にもあわせてなされていることが多い。とすれば、事実上管理権者と共同して管理をする者や管理の補助者もまた搜索の対象にしても不当な権利侵害はなく、かつ搜索の目的を達成するにあたり必要であると考ええる。

(3) 本件では搜索場所が暴力団事務所となっており、乙は組員である。よって、少なくとも乙は管理の補助者とみることができるから、本件令状の下、乙の所持品を搜索の対象にすることは適法であると考ええる。

2(1) 一方、本件捜査は、所持品検査とみることも可能である。所持品検査は明文の根拠がないが、職務質問(警職法2条)と密接な関連性がある行為として許容できると考える。仮に所持品検査とすると、一般的な犯罪の検挙・予防の目的をもってすることができ、搜索とみるよりも適法性を肯定しやすい。

しかし、行政警察活動は捜査との区別が流動的であるし、人権侵害のおそれも変わらないから、任意捜査の原則が妥当する(197条1項但書)。となると所持品検査、所持人の承諾を得て行うことが原則である。

ところが、本件バックの開披は、承諾がないままされているから、これが適法といえるか。承諾がなき所持品検査の適法性が問題となる。

(2) これを安易に許せば、搜索・差押などの強制捜査に令状を要求した法の趣旨が潜脱されるおそれがある。

しかし、承諾がない場合、一切の所持品検査ができないとなれば、犯罪の予防・鎮圧し、国民の利益を十分保護することができない。また、任意捜査の原則といえど

搜索場所の管理者以外の者の搜索が可能か

あてはめ

所持品検査として適法か

所持品検査としての適法性を別に検討する実益を指摘する

問題点を示す

論証

も、純粋な任意の意味ではない。よって、捜索に至らない行為は、強制にわたらない限り許容され得ると考える。

その適法要件として、これは非常例外的処分であるから、検査の必要性、緊急性が認められる必要がある。かつ、検査により害される個人の利益と得られる公共の利益との権衡を考慮し、具体的状況のもとで相当と認められることを要するというべきである。

(3)以上を踏まえると、本件乙は警察官をみて落ち着かない様子を見て立ち去ろうとしているし、持ち出そうとしたバックはそのままなら捜索の対象となったはずのものである。その意味で、持ち去られることで証拠隠滅などの危険が高く、検査の必要性・緊急性は認められる。

また、処分もチャックを開けて中を見るに止まり、未だ捜索にわたるものではない。よって、本件処分は所持品検査とみても適法ということになる。

二 さらに、本件では捜査の結果、賭博開帳凶利事件とは無関係の拳銃が発見され、これに基づき現行犯逮捕されている。

しかし、拳銃は、適法な捜査の結果発見されたというに過ぎない。また、拳銃が所持をしているだけで犯罪になる法禁物である以上、現行犯が成立することも疑いが無い。

よって、乙を銃砲刀剣類所持等取締法違反の現行犯で逮捕することも適法である。

以上

規範定立

あてはめ

残りの処分についての適法性

## 第2問

甲が乙と共謀の上、スーパー・マーケットから現金を強取したとの甲に対する強盗被告事件の公判において、次のものを証拠とすることができるか。

(一) 店員丙の公判廷における供述中、傍線 部分

(検察官)「被告人と乙の二人が店内に入ってきてどうしましたか。」

(丙)「いきなり被告人が 「騒ぐと殺すぞ」と言ってレジにいた私に刃物を突きつけました。」

(検察官)「それで金を取られたのですね。」

(丙)「はい。乙がレジスター内の現金をわしづかみにして逃げました。」

(検察官)「いくら取られたのですか。」

(丙)「後で警察官から 『被告人は14万円ばかり取ったと言っている』と聞きました。」

(二) 犯行に先立ち甲乙両名が決めた犯行計画を書き留めた乙のメモ

解答例

－ 1 (一) について

(1) の供述は公判外の被告人及び第三者の供述を内容とするものであるから、伝聞として証拠禁止の対象となるのではないか(320条1項)。伝聞の意義が問題となる。

まず伝聞ではないかという点の指摘をする

(2) 伝聞法則の根拠は、供述証拠は知覚・叙述・表現の過程で誤りが入りこむおそれがあり、これを反対尋問でチェックする機会を確保する点にある。

趣旨から規範を説き明かす

とすれば、伝聞証拠とは公判廷外の供述証拠であり、その供述内容の真実性を立証するために用いるものをいう。しかし、ある供述を供述内容の真実性を立証するために用いることになるかどうかは要証事実により変化することである。よって、伝聞か否かは要証事実との関係で相対的に決せられることになる。

規範定立

(3) 本件の強盗罪の訴因においては脅迫的言辞があったこと自体が構成要件事実となる。となると、『騒ぐと殺すぞ』との被告人の発言の存在自体が強盗の構成要件の客観面を立証する証拠になる。また、そのような発言をしたこと自体が強盗の故意の存在を推認する証拠となる。

あてはめ

すなわち、「騒ぐと殺すぞ」という発言内容の真実性は証明の対象ではないから、これは伝聞ではない。

よって、の部分、丙に対して適法な証人尋問の手続を経ている限りで、そのまま証拠にすることができる。

結論。 は伝聞ではない

2 (一) について

(1) の被告人が14万円取ったとの供述は、公判外のものであるし、財物の占有移転・損害の発生を立証するためのものである。よって、発言内容の真実性を立証するためのものといえ、伝聞にあたる。

こちらは伝聞なのが明らか

伝聞は原則として証拠禁止の対象になるが、真実発見の見地から一定の例外が認められる(321条以下)。しかし、は被告人の供述を内容とした警察官の発言を内容としているから、再伝聞にあたる。これについても伝聞例外を認める余地があるか。明文なく問題となる。

再伝聞の証拠能力

(2) このような証拠は伝聞が二重になっているので信用性が乏しくなる以上、証拠としての採用はできないとも思える。

反対の見解への配慮

しかし、伝聞の証拠禁止の趣旨は証拠の信用性が低い

自説の論証

からではなく、十分な反対尋問ができない点にある。その点は、伝聞例外の要件たる必要性と特信性の要件が満たされることで克服される。そして、再伝聞は二つの伝聞の複合であるに過ぎないから、それぞれ伝聞例外の要件を満たす場合、法文上も実質上も排斥する理由はない。

よって、かかる証拠の証拠能力は、それぞれ伝聞の要件を満たす限り認められる。

(3) 以上から、本件の供述も証拠能力が認められる可能性がある。ただし、被告人の供述としての324条1項、322条に加え、第三者の供述たる324条2項、321条1項3号の要件を満たす必要があり、証拠能力が認められることは希であろう。

二(二)について

1 まず、両者が書き留めたメモが伝聞かを明らかにしなければならない。伝聞か否かは前述のように要証事実との関係で相対的に決せられるものであるため、これを検討する。

甲乙両名が決めた犯行計画を書き留めたメモが意思連絡手段そのものである場合、犯行の謀議の存在を示すものとして、伝聞ではない。

2 一方、共謀の存在を示すことで、強盗の故意という精神状態を立証するために利用する場合は考えられる。

この点、メモ作成者自身の精神状態を示すものである場合は、精神状態を直接述べるものである以上知覚・記憶の過程がないので伝聞ではない。

この点、自己の心情を偽っていないかのチェックをするため、伝聞法則を適用すべきであるとの立場がある。しかし、知覚・記憶の過程には問題がない以上、誤りが入りこむ恐れは典型的に低いといえる。供述の誠実性については、原供述がなされた状況、供述態度から推知しうるから、伝聞供述者を反対尋問すれば、そのチェックはできる。

よって、伝聞法則の適用は不要であると考えられる。

一方、他の共謀加担者の精神状態を示すものである場合、知覚・記憶の過程を踏むから伝聞にあたることになる。

3 以上によると、乙作成のメモは甲という共謀加担者の精神状態を示すものであると思われる。となれば、知覚・記憶の過程を踏むから伝聞にあたるのが原則である。そのような場合は、321条1項3号の要件

結論

あてはめ。伝聞例外の要件を満たす可能性についても言及した

伝聞か否かの判断

謀議の存在を立証する場合

精神状態を立証する場合。自らの精神状態を告白する場合と、他人の精神状態に関する供述とでは取扱いが異なる

あてはめ。形式的に考えると伝聞になる

を満たさない限り、証拠とすることはできない。

しかし、本件は甲乙両名が決めた犯行計画を書き留めたものである。とすれば、たまたま乙がメモを書き留めたとしても、両者の精神状態を表すものといえる場合があると考えられる。よって、そのような事情が認定できる場合、乙への十分な反対尋問を条件に証拠とすることができる。

以上

伝聞ではないとみる余地があることの指摘

平成2年度

第1問

甲は、複数の賭博行為により逮捕・勾留され、常習賭博罪で起訴されたが、公判係属中に保釈された。

甲について、右と常習一罪の関係に立つ別の賭博行為が後に判明したとき、甲を改めて逮捕・勾留できるか。

解答例

一 常習一罪の関係に立つ別の賭博行為が後に判明した場合、これに関する証拠隠滅、逃亡を防ぐため逮捕・勾留が必要な場合があると考えられる。

しかし、一罪につき、逮捕・勾留は一回を原則とし、これを分割して逮捕・勾留を繰り返すことはできない(一罪一逮捕・一勾留の原則)。

このような一罪一逮捕・一勾留の原則についての明文はない。しかし、法は逮捕・勾留について厳格な期間制限(203条~208条の2)を定めている。仮に一罪を分割した逮捕・勾留を許せば上記法の規定の潜脱を認める結果となるおそれがある。また、再度の逮捕・勾留は訴訟行為の一回性の原則にも反する。

よって、刑事手続においては、本原則が採用されていると考える。

二(1) となると、別の賭博行為への逮捕・勾留の可否は、これが当初の常習賭博罪と一罪の関係にあるか否かによる。そこで、一罪の基準を明らかにしなければならない。

思うに、手続は刑罰権の存否を明らかにするためのものである以上、一個の刑罰権について手続も一個というべきである。そして刑罰権は実体法上一罪とされるもの

逮捕・勾留の必要性

問題となる原則を指摘

明文がないので根拠を明らかにする

基準を明らかにする必要性

実体法を基準とする立場

に対して一個のみ発生する。

以上より、一罪の基準は実体法上の罪数をもって判断すると考えるのである。

(2)しかし、上の原則には例外を認めるべきである。

すなわち、一罪一逮捕一勾留の原則は、捜査機関に一罪の関係にある事実について同時処理をさせる義務を負わせるものである。しかし、それが物理的に不可能な場合がある。仮にそのような場合まで逮捕・勾留を認めなければ、後の事実について罪証隠滅・逃亡を防止する手だてではなくなる。

法は不可能を強制するものではないから、同時処理が不可能な場合は、例外的に一罪を構成する一部の罪についての逮捕・勾留も認められると考える。

三 1 以上に従うと、後に判明した別の賭博行為が保釈後に行われた場合、これを当初の賭博行為と同時に処理することは不可能である。

よって、これに基づく逮捕・勾留は可能である。一方で、保釈前に行われた賭博行為に関する逮捕・勾留は、原則通り許されないことになる。

2 この点、保釈前の行為であっても同時処理の可能性がないと言える場合は、逮捕・勾留を認めてよいとも思える。

しかし、そのように考えると一罪一逮捕一勾留の原則の例外を認める範囲が不明確になり、ともすると安易な例外を認めるおそれがある。

よって、逮捕・勾留の可否は保釈の前後であるかという点のみで決するべきであると考ええる。

以上

実体法を基準とする規範の修正

あてはめ。保釈前の行為か否かで決するものとした

同時処理の可能性の有無で決するとの考え方への配慮

## 第2問

証拠調べを尽くした結果、次の点についていずれとも決しがたい場合、裁判所はどのように判断すべきか。

(一) 正当防衛の成否

(二) 結果犯につき、一定の行為が立証されれば結果との因果関係を推定する旨を法律上規定している場合における因果関係の有無

### 解答例

一 (一)について

1 証拠調べの結果、ある事実の存否についていずれとも決しがたい場合、裁判所は判断ができないはずである。

しかし、裁判がなされなければ事件が処理されずに終わるから、裁判所は裁判の拒否は許されない。そこで、いずれとも決しがたい場合、当該事実はないものとして一方の当事者に不利益な判断をすることになる。これを実質的挙証責任と呼ぶ。

本件のように正当防衛について成否が決せられない場合、挙証責任によりその成否を決することになる。ただ、挙証責任を検察官と被告人のいずれが負担するか。明文なく問題となる。

2 (1) 刑事訴訟においては、「疑わしきは被告人の利益に」とされ、検察官負担の原則が取られている(336条参照)。

これは、形式的には、刑罰権の発動を求めるのは国家の代表者たる検察官であることから導かれる。また、実質的にも検察官負担の原則を取ることは、刑事訴訟の目的である無辜の不処罰、人権の保障にかなうし、犯罪捜査において組織・技術・経験を持つ国家機関が負担することが公平であることから正当化される。

(2) しかし、重要性が低い事実についてすべて検察官に挙証責任を負わせる必要はないし、これを認めれば検察官に無理を強いる結果になるおそれがある。これを避けるため、この原則は刑事訴訟に関わるすべての事実にあつくと考えるべきではない。

問題は、検察官負担の原則が妥当する範囲であるが、少なくとも刑罰権の存否に関わる以上、犯罪事実全般は妥当範囲に含まれると考えるべきである。

具体的には、構成要件該当事実・客観的処罰条件は問題なくこれにあたる。犯罪事実そのものを構成する事実だからである。

また、犯罪成立阻却事由も刑罰権の不存在にかかわる事由として、検察官が挙証責任を負うと考える。

(3) となると、正当防衛の成否についていずれとも決しがたい場合、検察官負担の原則から、正当防衛は成立するということになる。

しかし、犯罪成立阻却事由については特別の考慮が必要である。すなわち、実体法では構成要件該当事実が存在する場合、違法・有責性の推定が及ぶとされるし、い

「いずれとも決しがたい」という問いを引用しつつ、何の問題か、テーマの設定をした

問題点...挙証責任を誰が負担するかを明らかにする必要があるので示す

原則から

例外を認めるべきことの説明

規範定立

あてはめ。検察官が挙証責任を負う

バランスを取ることを考える

かなる事件においてもすべて犯罪成立阻却事由の不存在を立証することを要求することは検察官に過重な負担がかかる。

よって、検察官の過重な負担にならないようにとの観点から、被告人は犯罪成立阻却事由について一応の証拠提出責任を負うと考えるべきである。すなわち、犯罪成立阻却事由について、被告人は証拠提出責任を果たす点において形式的挙証責任を負うことになる。

3 以上より、証拠提出責任が果たされていない場合は、裁判所は正当防衛の成立は認められないことになる。

二 (二)について

1 (1) 法が因果関係の推定規定を定めている場合、その効果をどのように考えるべきか。

(2) この点、因果関係の推定規定は、証拠提出責任を被告人に負わせたものとする立場がある。

となると、被告人が証拠提出責任を果たした場合、因果関係も犯罪の成立要件の一つである以上、事実の存否が明らかでなくても因果関係は存在しないと判断することになりそうである。

(3) しかし、推定規定は傷害罪における同時犯の特例のように、挙証の困難さを救済する点にその趣旨がある。とすれば、端的に検察官負担の原則を修正し、挙証責任を転換したものとするべきである。

2 となると、いずれとも決しがたい場合、因果関係があると裁判所は判断しなければならないとも思える。

しかし、裁判官の確信に反してまで推定事実の認定を強制することは妥当でない。すなわち、証明がないことは一種の状況証拠とみて、裁判所はいずれに判断することも許されると考える。すなわち、推定規定は義務的推定を定めたものではなく、許容的推定とみることになる。

3 よって、裁判所は因果関係の不存在の挙証がないことを考慮して、因果関係の存否を自由に判断してよいことになる。

以上

証拠提出責任について

結論

因果関係の推定 = 挙証責任の転換の意味か

反対説

推定の意味をさらに解釈する(義務的推定か、許容的推定か)

結論

平成3年度

第1問

捜査機関による被疑者の取り調べには、現行法上どのような制約があるか。 被

告人の取り調べについても言及せよ。

### 解答例

一 捜査官は犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べる（198条1項本文）。

取調べの根拠

被疑者は嫌疑がある事件について最も詳しいと思われる。中でも、自白は犯罪の主観的要件や犯人の同一性、被害者のない犯罪の立証に不可欠である。よって、被疑者を取調べ、供述を得ることは事件解決に大変重要な役割を果たすことになる。

取調べの必要性

しかし、そのような重要性のため取調べにあたり被疑者の人権保障上問題が生じる可能性があるし、犯罪の立証を被疑者の供述に頼ることが後の公判における誤判惹起のおそれもある。

取調べへの制約が必要な理由

そこで、このような弊害を防止するため現行法は取調べにおいて次のような各種の規制をおいている。

#### 二 取調べ時における事前の規制

1 弊害の発生を防止するために、取調べに対して事前の厳重な規制がされている。

取調べが任意との原則

まず、法は出頭要求・取調べは任意でしかすることができず、出頭拒否・退出は自由であるとしている（198条1項）。供述の強制を防ぎ、人権に配慮しつつ誤った供述を得るおそれがないようにするためである。

黙秘権の告知

かつ、取調べにおいては黙秘権についての告知が必要である（198条2項）。これは黙秘権担保への重要な手段であるといえる。

取調べの方法における規制

また、供述は被疑者自身の口から詳細にわたって聴取することになる。さらに、供述調書に録取、読み聞かせるなどして、間違いがないかどうかを尋ね（198条4項本文）、誤りがないことを認めたら、署名・押印を求めることができる（198条5項本文）。いずれも適正な方法で信用性のある自白を得るためである。

接見交通権

また、接見交通権が被疑者に認められ、立会人なしに接見でき、書類・物の授受は自由である（39条1項）。これにより違法な取調べがなされていないかのチェックが可能になる。

2(1) 以上のような規制のうち、取調べの任意性の原則を定める198条1項本文には「逮捕又は勾留されてい

任意の原則に対し、例外があるか。取調べ受忍義務の間

る場合を除いては」とある。これは、身柄拘束がある被疑者に取調べ受忍義務を認める趣旨か。

取り調べの必要性、および逮捕状・勾留状には取調べに対する受忍義務を負わせる趣旨が含まれると考え、これを肯定する立場がある。

しかし、取調べ受忍義務を認めることは黙秘権の保障と矛盾し、認められない。198条1項本文も、身柄拘束がない者に出頭・滞留義務がないことを明らかにしたものと考えれば、逮捕・勾留された者がそこから除外されることは当然であることになる。

よって、身柄拘束がある者にも取調べ受忍義務はないと考える。

(2) さらに、身柄拘束中における取調べの内容について、余罪の取調べについて規制すべきか否かについて争いがある。

この点、取調べが可能な事実について事件単位の原則を導入すべきだとの立場がある。しかし、この立場は身柄拘束が取調べを目的とするものではない点に反するおそれがある。

よって、余罪の取調べは原則として自由に許される。ただし、余罪の取調べを目的とした逮捕がされた場合など、令状主義の潜脱すべき事情が見られるとき、余罪の取調べは許されないと考える。

3 一方、当該事件により起訴された後の被告人への取調べについては特別な配慮が必要である。

もちろん被告人への取調べは否定されない。条文上制限はないし、被告人につき無罪推定の原則が妥当し、一般市民同様の権利を保障すべきであるとしても、一般市民以上に負担を負わないと考えるべきでもないからである。公判維持のために必要性な場合もある。

しかし、起訴後、被告人は公判において検察官と対等な当事者としての地位を獲得する。これは接見指定が許されず、反対尋問権が認められるなど積極的な権利が付与される点にも現れている。これに対し、取調べは任意の限度で許されるとしても、捜査機関にとって有利な捜査方法であり、黙秘権が脅威にさらされるおそれがあることは否定できない捜査方法である。

よって、被告事件についての取調べを捜査機関はできる限り避けるべきである。また、認めるにしても弁護人との立会いなどを要求し、純粹に任意であることが保障

題

反対の立場への配慮

自説。取調べ受忍義務否定説によった

余罪取調べの可否。令状主義潜脱説によった

被告人への取調べ（論及せよという指示があるに過ぎないから、構成として後半に論じる必要はないと考える）

問題点の指摘

結論。できる限り避けるべきであり、できるとしても純粹に任意の取り調べしかでき

されて始めて許されると考える。

### 三 事後の規制

取調べにおいて現に被疑者の人権が脅威にさらされたり，誤判惹起のおそれがある供述がなされたりすることがある。この場合，公判における事後的な措置により，問題の是正や将来の害悪発生の防止が図られている。

すなわち，公判において自白の任意性の原則が採用される（319条1項）。これにより，公判で証拠排除されるような自白の採取を防止できる。この不任意自白の排除法則は，判断の過程の客観化の観点から，違法に供述が採取された場合にこれを排除するものと考えべきである。とすれば，黙秘権の告知がないなど，供述の採取過程に違法がある場合，供述の証拠能力を否定することになる。

また，自白に対する補強証拠の要求（319条2項）により，自白の採取以外にも証拠の収集を怠らせない効果が期待できる。

以上

ない

事後の措置

自白の任意性

補強法則

## 第2問

甲は、「乙が，X日，Y宝石店から貴金属を窃取した際，同店前で見張りをして乙の犯行を幫助した。」との事実により起訴された。次の場合において裁判所は訴因変更を許可することができるか。

- 1 検察官が，本件訴因を，乙との窃盗の共同正犯の訴因に変更請求した場合
- 2 検察官が，1の共同正犯の訴因に加え，Y宝石店への建造物侵入の訴因を追加請求した場合
- 3 仮に，1の共同正犯の訴因変更が認められたとして，さらにその訴因を「同日頃，乙が窃取した貴金属を買い受けて盗品を有償で譲り受けた。」との訴因に変更請求した場合（問題文を新法にあわせて一部改変済み）。

### 解答例

#### 一 1について

1 訴因変更が許されるには，公訴事実が同一である必要がある（312条1項）。では，この内容をいかに考えるべきか。

2 法は不告不理の原則（378条3号），当事者主義（256条6項，298条1項等）を採用しているから，審判

訴因変更を許す要件を明らかにする。条文の解釈

論証

対象は起訴状に記載された検察官の主張たる訴因である。一方、「公訴事実」とは、訴因変更の限界を画する機能概念に過ぎないと考えられることになる。

となると、その内容は訴訟経済を図りつつ、被告人の防御も可能にするという訴因変更の目的がよく果たされるべく、決すべきである。具体的には、公訴事実の同一性とは公訴事実が単一であって、かつ、両者の基本的事実が同一である必要があると考える。

そして、基本的事実が同一であるかの判断は、両者の近接性、関連性、共通性を基準として判断し、補助的要素として両者が非両立の関係にあるかを基準とすべきである。両者に共通性が認められたり、一方の事実があれば他方の事実は存在しないという関係があったりすれば、両者の基本的事実は同一であると考えられるからである。

3 これに従うと、変更前の訴因と変更後の訴因との間に見張りをしたとの事実はないと思われるから、訴因と行為結果とも共通点が見られる。日時場所が同一であることからしても、両訴因には基本的事実の同一性が認められ、公訴事実の同一性はあるといえる。

よって、裁判所は1の場合、訴因変更を許可することができる。

二 2について

1 建造物侵入との訴因の追加においても「公訴事実の同一性」が認められるか、検討する。

2 「公訴事実の同一性」は1で問題となった狭義の同一性が認められる前に、それぞれの事実が単一の事実といえる場合にも認められる。

この単一性が認められるかどうかは、実体法上の罪数を基準とするのが妥当である。一罪とされるものに対して刑罰権は一個しか発生しないから、訴訟上も同様に扱うべきだからである。

3 これに従うと、宝石店への窃取と建造物侵入とは、牽連犯として科刑上一罪の関係に立つ。すなわち、実体法上1罪とされるものであるから、単一性が認められる。

よって、2のような訴因変更も裁判所は許可することが許されるところである。

三 3について

1 窃盗と盗品等有償譲受罪との間には盗品という結果の点において共通点があるから、公訴事実の同一性が認められる。となると、3のような訴因変更も許されるよ

要件の定立

具体的な判断方法

あてはめ

問題文の事情を最小限に要約

公訴事実の同一性の判断方法について変更前・変更後の事実が一罪の関係にある場合の処理を明らかにする

あてはめ

原則的な考え方。訴因変更は形式的にはできる

うに思える。

しかし、窃盗幫助と盗品等無償譲受罪には、公訴事実の同一性はないから、訴因変更をすることはできない。にもかかわらず、本件のように窃盗幫助を窃盗罪に変更した上で、盗品等有償譲受罪へ訴因変更することは可能か。

2 この点、審理は流動的であるから、かかる訴因変更もやむを得ない事態として許容されるとの見解がある。

しかし、訴因変更の可否は、防禦の範囲の告知し、被告人の地位の安定を図るという観点から判断されるものである。ここで、直接的には認められないものを間接的なら許されるというのは、上記観点を没却するものとして不当である。にもかかわらずこのような訴因変更を認めた場合、訴因変更が可能な範囲が際限なく広がるおそれもある。

したがって、中間訴因を介在させた訴因変更は認められないと考える。

3 以上より、3のような訴因変更を裁判所は許可できない。

以 上

実質的な不都合性を示す

反対説の紹介

自説

結論